

TRIBUNAL SUPREMO

TS. No es discriminatorio que la AFE considere beneficiarias del denominado Fondo Fin de Carrera únicamente a las jugadoras afiliadas a dicha asociación, siendo beneficiarios todos los futbolistas varones, aunque no estén afiliados a AFE

Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. No discriminación por razón de sexo. Asociación de Futbolistas Españoles (AFE). Conducta consistente en considerar beneficiarias del denominado «Fondo Fin de Carrera» únicamente a las jugadoras afiliadas a dicha asociación, mientras que resultan ser beneficiarios todos los futbolistas varones, con independencia de que estén o no afiliados a AFE.

Los beneficiarios del «Fondo Fin de Carrera» de la AFE pueden agruparse en dos colectivos: a) Con cargo a la parte del 0,5 % de los derechos audiovisuales que la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) entrega a AFE: aquellos futbolistas masculinos que pertenezcan a equipos que compitan en primera división, segunda división, primera RFEF y segunda RFEF, así como aquellos futbolistas que, a partir de la fecha de inicio del Fondo Fin de Carrera regulado en el presente reglamento, hayan sido alineados en algún partido de la selección nacional absoluta de España de fútbol masculino. b) Con cargo a fondos propios de AFE: aquellas afiliadas que jueguen en primera división de la competición española de fútbol femenino y aquellas afiliadas que, a partir de la fecha de inicio del Fondo Fin de Carrera regulado en el presente reglamento, hayan sido alineadas en algún partido de la selección nacional absoluta de España de fútbol femenino. En el caso analizado, no puede entenderse que concurren indicios de vulneración de la libertad sindical, ni que la redacción del reglamento del Fondo Fin de Carrera de AFE y su aplicación práctica carezcan de una justificación objetiva y razonable. En efecto, partiendo del dato de que no consta acreditado que AFE haya percibido ningún ingreso proveniente de la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales del fútbol femenino y teniendo en cuenta que las prestaciones discutidas se financian, exclusivamente, con fondos propios, el hecho de que AFE integre como beneficiarias de las prestaciones del fondo fin de carrera a las futbolistas afiliadas, no implica vulneración alguna del derecho a la libertad sindical del sindicato FUTPRO (asociación formada exclusivamente por mujeres futbolistas) demandante, ya que la financiación de las aludidas prestaciones no proviene de unos ingresos relativos a derechos audiovisuales en los que pudiera haber participado alguna futbolista. Además, FUTPRO podría, bien con los ingresos percibidos de la Liga Profesional de Fútbol Femenino (LPFF) correspondientes a los derechos audiovisuales –si los hubiere percibido– o bien con fondos propios, establecer las prestaciones que tuviera por conveniente. Y es que, con carácter general, parece totalmente lícito que cualquier sindicato, con fondos propios, pueda establecer beneficios dirigidos exclusivamente a sus propios afiliados, sin que por ello deba considerarse afectado el derecho a la libertad sindical de cualquier otro sindicato que no lo haga. Tampoco percibe la Sala ningún indicio de vulneración del derecho al principio de igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, habida cuenta de que el fútbol profesional está organizado separadamente por sexos, teniendo las competiciones masculinas y femeninas ligas distintas de cuya organización se ocupan

entidades distintas (LNFP y LPFF) y atendiendo, especialmente por lo que a los presentes efectos importa, que la comercialización de los derechos audiovisuales se efectúa separadamente por cada liga, ninguna discriminación puede existir por el hecho de que AFE, con cargo a sus fondos propios, equipare –a los efectos prestacionales que nos ocupan– a sus futbolistas profesionales afiliadas con los profesionales del fútbol masculino. (Vid. SAN, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2022, núm. 133/2022, casada y revocada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2025, rec. núm. 21/2023)

TS. IPA deriva de enfermedad profesional: el incumplimiento por la empresa en materia de prevención puede dar lugar a una indemnización en vida para el trabajador y a otra posterior en favor de la viuda e hijos por el fallecimiento

Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional (mesotelioma plural por contacto con amianto). Trabajador que no recibió en ningún momento equipos de protección individual, formación e información en materia de prevención de riesgos laborales ni controles de vigilancia de la salud. Reconocimiento en vida de indemnización por daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil. Posterior reclamación de la viuda y sus dos hijas de otra indemnización de daños y perjuicios por la muerte de su esposo y progenitor.

El derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable *ex iure proprio* (por derecho propio), al no poder suceder en algo que no ha ingresado en el patrimonio del *de cuius* (la persona difunta). El hecho, pues, de contar con un doble título *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio*, cada uno con su contenido patrimonial específico, permite su ejercicio conjunto, dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC). Así, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento. El artículo 36 del Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM) diferencia entre dos clases de sujetos perjudicados: a) Si el trabajador accidentado sobrevive, la víctima del accidente es él mismo. b) Si el trabajador accidentado fallece, las víctimas son sus cónyuges, parientes y allegados. El artículo 47 en relación con el artículo 45 de la LRCSCVM regula un supuesto concreto: cuando el fallecimiento del lesionado se produce por causa de las lesiones padecidas y antes de fijarse la indemnización. Pero ello no supone que, cuando la indemnización ya se haya fijado, aquellos perjudicados no tengan derecho a ninguna indemnización. Puede suceder que un accidente de trabajo o enfermedad profesional cause primero unas secuelas y posteriormente el fallecimiento del trabajador. En tal caso debemos diferenciar: a) El primer perjudicado es el trabajador, que ha sufrido lesiones que afectan de forma directa a su salud y que conllevan daños morales y patrimoniales (pérdida del salario u otros ingresos), por lo que tendrá derecho a una indemnización por sus secuelas. El perjudicado es el propio lesionado (art. 94.1 de la LRCSCVM). Si el trabajador fallece antes de haber percibido esa indemnización, se abonará a sus herederos. En caso de que el fallecimiento se produzca cuando el procedimiento se ha iniciado, se tratará de una sucesión procesal por muerte regulada en el artículo 16 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil: «1. Cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que este, a todos los efectos [...]». En ese supuesto, el lesionado ha sufrido las lesiones durante un concreto y determinado lapso de tiempo (desde el accidente hasta que falleció). Antes de fijar la indemnización de daños y perjuicios, se conoce cuál fue ese periodo de tiempo en el que padeció las dolencias. Esa indemnización no se abona al trabajador sino a sus herederos. En tal caso, el artículo 45 de la LRCSCVM calcula la indemnización teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la fecha de la estabilización hasta el fallecimiento, en relación con la esperanza de vida del fallecido en la fecha de la estabilización. Esa indemnización se integra en el patrimonio del trabajador y se abona a sus herederos. b) Cuando el trabajador fallece, los perjudicados son su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes o sus allegados, que se ven privados de su cónyuge, pariente o amigo. Ello conlleva un daño moral y puede suponer un daño patrimonial (la pérdida del salario que el trabajador aportaba a la familia y que solo compensan en parte, en su caso, las pensiones de viudedad y orfandad). Se trata de perjuicios distintos que dan lugar a indemnizaciones diferentes: a) El trabajador reclama el perjuicio causado por sus propias lesiones. b) El cónyuge, pariente o amigo reclama el perjuicio causado por el fallecimiento de otra persona (el trabajador). De acuerdo con lo razonado, procede declarar que la indemnización de daños y perjuicios reconocida a un trabajador por haber sido declarado en situación de IPA de etiología profesional no impide que posteriormente la viuda y las dos hijas de ese trabajador perciban otra indemnización por el ulterior fallecimiento que se produjo como consecuencia de aquellas dolencias.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2025, rec. núm. 1899/2022)

TS. Negativa de la mutua a conceder el subsidio por riesgo durante la lactancia natural. ¿Cuál es la fecha de efectos económicos si la trabajadora coge vacaciones mientras reclama judicialmente y, al final, se le reconoce el derecho?

Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. Fecha de efectos económicos. Trabajadora a quien tras la conclusión del periodo de maternidad se le deniega el derecho prestacional, acogiéndose a permisos y vacaciones mientras reclamaba judicialmente frente a esa denegación para no acudir a un trabajo con riesgo.

Atendiendo a la finalidad de la protección y a las exigencias a las que se somete su reconocimiento, la solicitud del subsidio económico de riesgo durante la lactancia, de concurrir las exigencias legales que permiten su reconocimiento, va a provocar el derecho de la trabajadora a suspender el contrato de trabajo, para alejarse del riesgo, con derecho a aquel subsidio que viene a sustituir al salario que va a dejar de percibir. Por tanto, si a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, este derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en que lo reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la mutua, ya que las medidas a las que, en el marco de la relación laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo

alcance los 9 meses. Es cierto que el subsidio económico viene a sustituir el salario que la trabajadora va a dejar de percibir ante la suspensión de la relación laboral, pero también lo es que, ante la denegación y negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente, a la trabajadora no se le podía exigir que renunciara a un salario cuando le era denegado aquel subsidio que lo sustituye, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas como los permisos o vacaciones, que le iban a apartar, hasta tanto pudiera obtener una decisión judicial al respecto, de una actividad que entendía generadora del riesgo para la lactancia natural de su hijo. Lo anterior no va en contra del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, ya que no puede aceptarse que el hecho de haber estado la actora con permisos retribuidos y en periodo de vacaciones, en tiempo en el que correspondía la situación de riesgo durante la lactancia, vaya a generar un prohibido enriquecimiento injusto al haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones, ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la mutua, que en ningún momento asumió la existencia de riesgo. Además, el hecho de que la trabajadora haya tenido que acudir a los permisos y vacaciones fue la única medida a la que pudo acogerse, precisamente, para la protección de la salud propia y de su hijo, evitando con ello lo que ha quedado acreditado, que es estar prestando una actividad con riesgo para la lactancia de aquel. Por tanto, no concurren los elementos en los que descansa el principio general del enriquecimiento injusto que, según doctrina reiterada, precisa la concurrencia de una ventaja patrimonial para una de las partes junto con el empobrecimiento de la otra, que exista una conexión entre dichas situaciones y, también, una falta de causa o justificación. Del mismo modo, no es posible trasladar aquí el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural, ya que no es lo mismo estar con el contrato suspendido por incapacidad temporal, en la que no hay, precisamente, actividad laboral y, por tanto, tampoco concurre el riesgo durante la lactancia, estando la trabajadora protegida por el sistema de Seguridad Social, con la situación de una trabajadora que se ve obligada a tener que reincorporarse al trabajo en el que está presente el riesgo y solicitada de la mutua correspondiente la protección del sistema, le es denegada cuando, finalmente, se ha constatado el riesgo y, por tanto, debió serle reconocida desde el mismo momento en que lo reclamó. Nada tiene que ver con la situación de incapacidad temporal, en la que la trabajadora está liberada de asistir al trabajo, con haber tenido que tomar unos permisos retribuidos o vacaciones que, en todo caso, no son situaciones de suspensión del contrato de trabajo y, como se ha indicado, fueron las únicas medidas a las que pudo acogerse la trabajadora para protección de su salud y la del hijo, ante la negativa de la mutua de la existencia del riesgo. (Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 13 de diciembre de 2022, rec. núm. 691/2022, casada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2025, rec. núm. 912/2023)

TS. Contrata adjudicada para un servicio que se mantiene hasta su implantación en la empresa comitente. La negativa a la subrogación tras su finalización no se considera despido colectivo si los trabajadores siguen empleados por la adjudicataria

Adecuación/inadecuación de procedimiento. Despido colectivo de hecho. Contrata adjudicada por la TGSS a la mercantil KONECTA para la realización del servicio de gestión y atención telefónica de consultas derivadas de redes sociales y de la atención y soporte integral al autorizado RED. Implantación progresiva de un nuevo modelo de gestión por la TGSS, en paralelo, al desarrollo de la contrata, que incluye muchas más actividades de las subcontratadas. A la finalización de la contrata, la TGSS no se hace cargo de los trabajadores adscritos a aquella (176 empleados) que desde entonces continúan en alta y prestando servicios para KONECTA.

Aunque el tenor literal del artículo 124 de la LRJS no lo diga con la necesaria claridad, resulta obvio que el objeto del proceso de impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores no es otro que la impugnación de una decisión extintiva empresarial que afecte a un número de trabajadores que supere los umbrales del artículo 51 del ET. Combatir la decisión extintiva empresarial de carácter colectivo, habiendo mediado o no el acuerdo con los representantes de los trabajadores constituye, por tanto, el objeto principal de la modalidad procesal que regula el artículo 124 de la LRJS. Ahora bien, hay ocasiones en que, por diversas circunstancias, la decisión empresarial no aparece manifestada en el acuerdo o de forma independiente. Se trata de supuestos en los que el despido se manifiesta a través del cierre de la empresa o habiendo prescindido absolutamente del procedimiento, o de manera fraudulenta en periodos sucesivos de 90 días. Son casos en los que estamos en presencia de despidos colectivos irregulares que se producen al margen de este procedimiento –prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas– o incluso ocultando su carácter colectivo. Tales despidos también deben ser impugnados a través del artículo 124 de la LRJS. Ahora bien, presupuesto inexcusable para ello resulta ser, sin duda, que se hayan producido extinciones del contrato de trabajo, ya que sin ellas no puede apreciarse que estemos en presencia de despido alguno. El despido requiere voluntad extintiva que exige una decisión del empresario, expresa o tácita de dar por extinguido el contrato de trabajo y, a falta de esta, la modalidad procesal de despido no es la adecuada para el examen de dicha situación. En el caso analizado, no se ha constatado ruptura de vínculo contractual alguno. KONECTA ha seguido manteniendo en alta a todos los trabajadores afectados, y ha seguido garantizando el intercambio de prestación de servicios y salarios. No existe, por tanto, ningún despido. La demandante equipara la negativa de la TGSS a la subrogación de los trabajadores adscritos a la contrata a un despido colectivo de hecho. Tal razonamiento podría ser aceptado si la empresa saliente hubiese procedido a la extinción de los contratos expresa o tácitamente, pero tal circunstancia no ha ocurrido porque los trabajadores afectados siguen prestando servicios en su empresa empleadora. La pretensión actora podría ser entendida como la petición de que se declare el derecho de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata a ser subrogados por la TGSS. Esta pretensión legítima –sin perjuicio de las cuestiones relativas a la legitimación actora, de su fundamentación jurídica y, en consecuencia, de su éxito o fracaso– debería canalizarse a través del procedimiento ordinario, en cuyo caso, la competencia no sería de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, sino de los Juzgados de lo Social, pero no puede ser examinada en un proceso de despido colectivo porque falta el elemento esencial y básico de la colectiva extinción contractual que no se ha producido. Una vez constatada la inadecuación del procedimiento seguido, ha de valorarse si resulta posible la reconducción procesal prevista en el artículo 102.2 de la LRJS. En el caso analizado, habida cuenta de que la

eventual formulación de reclamaciones de los trabajadores ya no sería competencia de la Sala del TSJ sino de los correspondientes Juzgados de lo Social, la reconducción procesal es del todo inviable. No hay que olvidar que en la regulación actual se prevé el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento, sin que tampoco se establezca la declaración de nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento de interposición de la demanda. En virtud de ello, procede apreciar de oficio la inadecuación de procedimiento por inexistencia de despido colectivo, casar y anular la sentencia recurrida y absolver a las entidades demandadas, sin efectuar ningún tipo de pronunciamiento respecto de la obligación o no de subrogación de la TGSS, sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a formular las reclamaciones que estimen conveniente. Pleno. (Vid. STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2024, rec. núm. 664/2023, casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2025, rec. núm. 185/2024)

TS. Despido disciplinario. No procede demanda de revisión cuando la sentencia penal absolutoria se sustenta en la aplicación del principio de presunción de inocencia, al no quedar probado que el acusado cometiera el delito que se le imputa

Despido disciplinario por sustracción de mercancía. Encargado de almacén que tiene prohibido sacar existencias sin cumplimentar un albarán y ponerlo en conocimiento de la persona responsable. Juzgado de lo Penal que dicta sentencia absolutoria, confirmada por la Audiencia Provincial, tras haberse seguido actuaciones penales por los hechos constitutivos del cese. Demanda de revisión ex artículos 510 de la LEC y 86.3 de la LRJS.

Una sentencia penal absolutoria no puede servir, siempre y en todo caso, como presupuesto para la revisión de una sentencia firme dictada en el ámbito laboral, por el solo y mero hecho de que hubiere acabado absolviendo al trabajador y con independencia de cuál haya podido ser finalmente el motivo de tal absolución. Para que quede abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil es preciso que la sentencia penal sea absolutoria como consecuencia de inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, lo que no sucede cuando no se sustenta en ninguna de estas dos singulares causas, sino en la ordinaria aplicación del principio de presunción de inocencia que lleva al órgano judicial penal a concluir que en ese ámbito jurisdiccional no se ha practicado prueba suficiente para desvirtuarlo. La valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido. No hay que olvidar que la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta. Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que esta es de aplicación exclusiva en el

ámbito del proceso penal, y ello porque, de un lado, el despido no es más que una resolución contractual y, por tanto, no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente. En el caso analizado, la sentencia absolutoria justifica su decisión por no tener los hechos cabida en el delito de hurto, tipificado en el artículo 234 del Código Penal. La ausencia de tipicidad deriva de que no concurre la obtención del beneficio o ventaja exigido, que constituye uno de los elementos del tipo penal, pero sin que ello suponga la inexistencia del hecho de que el demandante se llevó de la empresa dos productos sin abonarlos y sin comunicarlo adecuadamente, cualquiera que fuese su destino de los productos y la intención de su conducta.

(STS, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2025, rec. núm. 104/2024)

AUDIENCIA NACIONAL

AN. Distribución irregular de la jornada establecida en acuerdo resultado de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. No cabe el preaviso al trabajador con 48 horas de antelación

Abanca. Distribución irregular de la jornada. Acuerdo alcanzado en periodo de consultas de modificación sustancial de condiciones de trabajo en el que se establece, respecto de los trabajadores con horario flexible, que la empresa puede disponer semanalmente de 2 horas de la jornada del empleado para reuniones y necesidades del servicio con un preaviso mínimo de 48 horas de antelación.

El artículo 34.2 del ET permite la distribución irregular de la jornada acordada en convenio colectivo o acuerdo de empresa sin limitación alguna. El límite del 10 % solo opera en defecto de pacto, por lo que puede acordarse cualquier porcentaje de horas o días de distribución irregular. Sin embargo, no sucede lo mismo en relación con el plazo de preaviso, ya que, en un párrafo distinto de ese mismo precepto estatutario, junto a la garantía del descanso diario y semanal, se establece la garantía del preaviso de 5 días, y ese plazo que, ampliándolo, igualmente podría haberse mejorado, no cabe empeorarlo, como hace el acuerdo controvertido, reduciéndolo hasta 48 horas. La previsión legal constituye una disposición de derecho necesario relativo en cuanto contempla que «el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación resultante». Y tal exigencia no se aplica, únicamente, a la distribución irregular que el artículo 34.2 del ET ha previsto que pueda utilizar el empresario, cuando no existe previsión convencional o pacto de empresa en la materia. Al contrario, la necesidad del preaviso de 5 días a que nos referimos, así como el respeto a los periodos mínimos de descanso diario y semanal, se impone a toda distribución irregular de la jornada con independencia de cuál sea su fuente reguladora. En definitiva, la norma vigente reconoce, en términos amplios, la posibilidad de que la autonomía colectiva establezca un sistema de distribución irregular del tiempo de trabajo, siempre que tal regulación respete la jornada anual aplicable, los descansos mínimos semanal y diario y se preavise al trabajador con 5 días de antelación del día y hora de la prestación laboral resultante de la distribución irregular. En el presente caso, partiendo de un sistema de horario flexible en el que el trabajador únicamente tiene que prestar servicios una tarde a la semana, la empresa

semanalmente dispone de 2 horas en las que asignarle servicios otra tarde de la semana, en la que en principio no estaba programada dicha prestación de servicios. En este contexto, la empresa no respeta el plazo de preaviso establecido legalmente en el artículo 34.2 del ET como mínimo de derecho necesario relativo, resultando irrelevantes circunstancias tales como las invocadas por los demandados para su justificación, como son el carácter voluntario en algunos casos del horario flexible o la especial retribución de este.

(SAN, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2025, núm. 24/2025)

AN. Convenios colectivos que premian el no disfrute de los permisos legalmente establecidos: solo cabría respecto de aquellos que se consideran neutros, como el permiso por matrimonio, por fallecimiento o por cambio de domicilio

Convenios colectivos. Reconocimiento como premio de continuidad del derecho al devengo de un día de descanso adicional por cada semestre en que el trabajador mantenga una asistencia ininterrumpida al trabajo, siendo considerados solo a estos efectos los días de trabajo efectivo y los de vacaciones y descansos reglamentarios.

Debe analizarse si la exclusión de determinadas ausencias resulta o no contraria a la legalidad vigente. Aunque los negociadores de un pacto colectivo son libres a la hora establecer ventajas en favor de aquellos trabajadores que opten por no disfrutar de permisos legalmente establecidos, es preciso que tal decisión no implique una discriminación indirecta por razón de sexo. Así, no existe tal discriminación cuando se trata de la licencia por matrimonio, el permiso por fallecimiento de familiar o el de cambio de domicilio, por cuanto se consideran permisos neutros. No ocurre lo mismo respecto de aquellos permisos que impliquen el ejercicio de derechos fundamentales, como el de libertad sindical, o el establecido para concurrir a exámenes, al verse afectado el derecho a la educación. En cuanto al denominado permiso de horas por fuerza mayor del artículo 37.9 del ET, al estar vinculado a cuidados de familiares y convivientes y ser ejercitado mayoritariamente por mujeres, debe resolverse cualquier duda interpretativa que pueda surgir efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, de manera que cualquier interpretación del convenio colectivo que en la práctica suponga un trato desfavorable por el uso de estas horas ha de suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, proscrita por el artículo 6.2 de la Ley orgánica 3/2007, sin que pueda considerarse que la mera lucha contra el absentismo sea una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato. En lo que se refiere a las suspensiones de contrato de los números 4 a 8 del artículo 48 del ET, el derecho que se reclama trae causa directa de lo establecido en el apartado 9 del propio artículo 48 del ET, al señalar que «Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refieren los apartados 4 a 8». Tal mandato implica que los trabajadores que disfruten de este permiso, aun encontrándose en situación de suspensión contractual, deben considerarse como efectivamente trabajando a todos los efectos, excepto del expresamente señalado en el apartado 2 del artículo 45, esto es, para devengar salario. Siendo el derecho que se reclama de naturaleza extrasalarial por mor del precepto referido procede acceder al mismo. En lo concerniente al permiso parental regulado en el artículo 48 bis del ET, está vinculado a los cuidados de personas dependientes, por lo que cualquier penalización de su

disfrute implica discriminación indirecta por razón de sexo. Finalmente, con relación a la IT, los periodos de baja deben considerarse como efectivamente trabajados a efectos del premio de asistencia, en caso contrario, se estaría incurriendo en un supuesto de discriminación por enfermedad, no justificando la lucha contra el absentismo el otorgamiento de un trato peyorativo a aquellos trabajadores que hayan cursado procesos de IT respecto de aquellos que no los cursaron.

(SAN, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2025, núm. 10/2025)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TSJ. El cambio de naturaleza de un contrato indefinido no fijo a fijo, tras la superación de un proceso selectivo para la estabilización de empleo, no genera indemnización para el trabajador que mantiene el mismo puesto e iguales condiciones

Diputación General de Aragón (DGA). Trabajador indefinido no fijo que supera proceso selectivo para la estabilización de empleo, con naturaleza de personal fijo, adscrito al mismo puesto y en iguales condiciones profesionales que tenía hasta ese momento. Pretensión de indemnización (20 días por año/12 mensualidades) por extinción de la relación laboral por cobertura de la plaza ocupada, al estimar que se asimila a un despido por causas objetivas.

Aunque la contratación temporal del trabajador (con reiterados contratos de interinidad) fue abusiva, no puede ignorarse que esa circunstancia le ha permitido acogerse al sistema excepcional de consolidación de empleo con el que ha adquirido la condición de trabajador fijo y que esa novación de su contrato no ha sido a iniciativa del empresario, sino a su decisión de participar en dicho proceso. En este sentido, haber superado el proceso selectivo no ha supuesto para el trabajador la extinción de su relación laboral con la DGA. La indemnización de 20 días por año corresponde a la extinción de una relación indefinida no fija por la cobertura de la plaza, pero no a quien no ve extinguida la relación laboral al haber superado el proceso selectivo adquiriendo la condición de fijo. La Sala de lo Social, después de examinar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Supremo en esta materia, entiende que estos órganos judiciales no han resuelto un caso como el examinado en este proceso sino otros distintos, y ello, ha llevado a la Sala del TSJ de Aragón a considerar que la administración ha intentado compensar, con diversas medidas legales, la larga duración del contrato temporal del trabajador al convocar un proceso selectivo singular (establecido por norma con rango de ley) en el que solo podían participar contratados temporales con duración prolongada. No hay que olvidar que los procesos de consolidación de empleo no tienen carácter abierto y suponen una excepción tanto al régimen general de acceso libre a la función pública como a la provisión de vacantes dentro de la misma, evitando la libre concurrencia de quienes pudieran estar interesados, y tal excepción se establece en favor de los temporales de larga duración. Ello significa que la aplicación de estas medidas ha permitido que el trabajador superase las pruebas para convertirse en fijo, compensando así la larga duración de su contratación temporal y por ello no se justifica el abono de una indemnización adicional.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2025, rec. núm. 1020/2024)

TSJ. La fibromialgia sigue sin ser por sí misma una enfermedad discapacitante. No cabe juzgar con perspectiva de género, aunque se presente mayoritariamente en las personas de sexo femenino

Valoración del grado de discapacidad. Fibromialgia, fatiga crónica y síndrome de sensibilidad química múltiple.

El sistema establecido para la valoración de la discapacidad es la fijación de porcentajes de deficiencia o disminución de las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, refiriendo la deficiencia o disminución a las posibilidades de integración educativa, laboral o social del discapacitado. La determinación concreta de los porcentajes a tener en cuenta se residencia en el Real Decreto 1971/1999, en cuyo anexo I se contiene un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes. En la aplicación de dicho baremo, cuando concurren patologías de diversa naturaleza e índole, el sistema correcto de cómputo de las dolencias o enfermedades crónicas a efectos de la valoración de la discapacidad no consiste en la suma de los porcentajes de todas ellas, sino en la combinación de estas de acuerdo con la tabla de valores combinados del anexo I del Real Decreto 1971/1999. La fibromialgia por sí misma no es susceptible de encaje entre las enfermedades discapacitantes que se fijan en el baremo de aplicación, sino que ha de valorarse en el capítulo que corresponda en función de la repercusión física y/o psíquica que produzca, de manera que los déficits que dicha patología reumatológica origina en los diversos órganos, sistemas o aparatos solo podrán ser objeto de la correspondiente valoración aplicando las reglas y criterios que los correspondientes capítulos del anexo establecen, pues lo valorable no es tanto el diagnóstico clínico como la entidad de las consecuencias de la enfermedad, consideraciones que son también extrapolables a otras enfermedades como el síndrome de fatiga crónica y el síndrome de sensibilidad química múltiple que padece la actora. No hay que olvidar que el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, si bien no es de aplicación al caso enjuiciado, indicó en su exposición de motivos que los nuevos baremos son idóneos para lograr una evaluación mucho más completa y precisa de la situación de discapacidad y garantizar la igualdad de trato de la ciudadanía. Resulta lógico pensar que, si el legislador hubiera entendido que patologías como la fibromialgia, el síndrome de fatiga crónica o el síndrome de sensibilidad química múltiple debieran ser incluidas en el baremo, a fin de ser valoradas de forma independiente, no hubiera dejado pasar la oportunidad que la promulgación del nuevo sistema de valoración le brindaba. De igual forma, si bien es cierto que las dolencias que presenta la demandante se presentan mayoritariamente en las personas de sexo femenino, dicha circunstancia difícilmente puede llevar a una solución diferente, pues la obligación de juzgar con perspectiva de género no ampara interpretaciones *contra legem*. Procede confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que consideró que la demandante estaba afectada de un porcentaje de discapacidad del 19 %, sin que procediera adicionar puntos por factores complementarios. **Voto particular.** Una aproximación al viejo anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, aplicable al caso, evidencia que no hay forma de valorar los efectos físicos, neurológicos o el dolor derivado de dolencias como la

fibromialgia, el síndrome de fatiga crónica y la sensibilización química múltiple, que siquiera son referidas, a diferencia de otras muchas enfermedades, lo que tiene un impacto nocivo desproporcionado de género al ser mayoritariamente mujeres las que las padecen. Por tanto, estamos ante una laguna legal, al no existir abordaje legal alguno para su valoración, siquiera por vía de la asimilación con otras dolencias (físicas o psíquicas), debido a los particulares efectos biopsicosociales que tienen estas enfermedades, así como sus efectos reactivos discontinuos con afectación en los factores personales y ambientales sobre las mujeres que las padecen. Esta laguna normativa que lamentablemente es coherente con la histórica desatención legislativa y científica de la salud femenina dificulta, primero, a los órganos administrativos y, segundo, a los tribunales, su valoración, a efectos de concreción de un porcentaje de discapacidad que permita el acceso a un elenco de prestaciones económicas, sociales y laborales. De igual forma, se alza como una discriminación institucional indirecta por razón de sexo, al ser mayoritariamente mujeres quienes padecen las tres enfermedades, siendo en algún caso esta mayoría abrumadora. La decisión mayoritaria de la Sala, amparada en la literalidad del Real Decreto 1971/1999, opta por el rigorismo, omitiendo aplicar, vía control de convencionalidad, las perspectivas de género y de discapacidad, así como la remoción de obstáculos, como mandata la Constitución española, para evitar la exclusión injustificada de las mujeres discapaces en el acceso a las prestaciones vinculadas al reconocimiento de discapacidad. Se incumple así el principio de diligencia debida, que vincula a todos los poderes del Estado y cuando se trata de derechos fundamentales, protegidos, además, por tratados internacionales y regionales de Derechos Humanos (CEDAW, CEDH, Convenio de Estambul, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Debería prevalecer el principio *pro persona* frente a interpretaciones legales rigoristas que limiten el acceso a la justicia de las mujeres con discapacidad.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2024, rec. núm. 1198/2023)